

Kryzys nowoczesnego konstytucjonalizmu. Między liberalną sędziokracją a postliberalnym populizmem

Adam Sulikowski

The crisis of modern constitutionalism. Between liberal juristocracy and populism

Abstract: The author assumes that modern, Western constitutionalism, with its emphasis on individual rights, is not the only form of constitutionalism, understood as ideas of restrictions imposed on government activities, practiced throughout history. In the author's opinion, the current crisis of the dominant paradigm of constitutionalism is caused by the contradictions of liberal democracy. In this aspect, the author's analysis is based on the concepts of Antonio Gramsci, Chantal Mouffe, Ernesto Laclau and Claude Lefort. In the author's opinion, the described crisis may lead to permanent transformations and the emergence of new forms and paradigms of constitutionalism.

Keywords: constitutionalism, modernity, populism, juristocracy, liberal democracy

Wprowadzenie

Ostatnie gwałtowne zmiany ustrojowe (mniej lub bardziej sformalizowane) w wielu państwach tzw. Zachodu skłaniają do pogłębionej refleksji. Mimo że główny nurt dyskursu konstytucyjnego nie uległ jakimś gwałtownym zmianom i dalej

* Uniwersytet Wrocławski
adam.sulikowski@uwr.edu.pl

rozwija dotychczasowe koncepcje, to, bez ryzyka zbyt- nych kontrowersji, można stwierdzić, że pogłębia się dysonans między tym, o czym mówią i piszą konstytucjona- liści, a zjawiskami społecznymi i politycznymi. W niniejszym tekście chciałbym na problem współczesnych przemian spojrzeć z punktu widzenia tzw. teorii konstytucyjnej i umieścić je w ramach pewnej metateorii przemian współczesnego konstytucjonalizmu.

Rozpocznę od stwierdzenia sformułowanego onegdaj przez klasyka *constitutional theory* Carla J. Friedricha, że „nowoczesny, zachodni konstytucjonalizm, z jego naciskiem na prawa jednostki, nie jest jedyną formą konstytucjonalizmu, pojmowanego jako pomysły ograniczeń nakładanych na działania rządu, praktykowanego na przestrzeni dziejów”¹. Zgodzę się jednak także z tezą lansowaną przez rodzimego konstytucjonalistę Krzysztofa Wojtyczka, który pisał:

Konstytucjonalizm jest dzieckiem Oświecenia. Jego zasadnicze paradygmaty zostały ukształtowane pod wpływem filozofii politycznej «Wieku Świata». Należą do nich: wiara w potęgę ludzkiego rozumu, wiara w postęp, uniwersalistyczne roszczenia zachodniej filozofii politycznej oraz indywidualizm. Racjonalna organizacja społeczna zakłada prymat jednostki nad wspólnotą. Prawo konstytucyjne stanowi instrument racjonalnej organizacji politycznej społeczeństwa umożliwiającej postęp społeczny. Konstytucja ze swej istoty jest narzędziem zmian społecznych. [...] Państwo konstytucyjne jest produktem Oświecenia, strukturą odpowiadającą potrzebom okresu rewolucji przemysłowej utworzoną po to, aby skutecznie rządzić społeczeństwem tego okresu. [...] Fundamentalne zasady konstytucjonalizmu proklamowane w czasie rewolucji amerykańskiej i francuskiej wytyczyły sposób myślenia o prawie konstytucyjnym na ponad dwa wieki. Zachodnia nauka prawa konstytucyjnego, w tym również nauka polska, do dziś nie nabrała właściwego dystansu do osiemnastowiecznych idei, zasad i pojęć konstytucyjnych².

¹ Carl J. Friedrich, „Konstytucje i konstytucjonalizm”, w: Paweł Śpiewak (red.), *Konstytucjonalizm, demokracja, wolność. Wybór tekstów*, Centrum Edukacji Obywatelskiej, Warszawa 1996 (korzystałem z publikacji internetowej na stronie www.h-net.org/~eopolska/Strone/Scenariusze/Friedrich.html [dostęp: 3.09.2017]).

² Krzysztof Wojtyczek, „Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków”, w: Marek Zubik (red.), *20 lat transformacji*

Powyższe twierdzenia przy pewnych założeniach dają się pogodzić. Konstytucjonalizm można bowiem traktować jako dyskurs w sensie Foucaultowskim. Wypada przypomnieć, że Michel Foucault traktował dyskurs jako zmienny historycznie i przygodnie ukształtowany system produkcji wiedzy (zorganizowane wokół pewnych reguł i założeń praktyki mówienia i pisania o jakichś zagadnieniach). Dyskurs jest materialny w tym sensie, że determinuje praktyki, które konstytuują przedmiot ich badania i konceptualizacji. Innymi słowy, dyskurs jest sposobem organizacji wiedzy, który kształtuje kolektywne rozumienie określonego przedmiotu, a jednocześnie legitymizuje własne reguły. W Foucaultowskiej koncepcji dyskurs jest kształtowany nie tylko przez własną logikę, ale także przez episteme, czyli szerszą formację intelektualną danego okresu historycznego. Ta formacja, a w konsekwencji także dyskursy, są produktem kompleksu wiedza/władza, czyli wynikiem wzajemnego oddziaływania na siebie szeroko pojętych praktyk dominacji i sposobów ich konceptualizacji oraz legitymizacji³. Idąc tym tropem, konstytucjonalizm jest dyskursem o normatywnych ograniczeniach działań tradycyjnie pojmowanej władzy i granicach stanowionego przez nią prawa. Dyskurs ten przybierał różne formy, z których obecnie dominującą jest forma nowoczesna. Jak każdy dyskurs, także konstytucjonalizm tkwi w pewnym napięciu pomiędzy własnymi regułami, które są wprawdzie dynamiczne i zmienne, ale ich elastyczność jest ograniczona przez czynniki legitymizujące (czyli głównie przez logikę dyskursu), a czynnikami zewnętrznymi, które oczywiście są przez dyskurs współkształtowane, ale jednocześnie w jakimś stopniu zdolne do wymknięcia się konceptualizacjom, zwłaszcza jeżeli wzrasta dynamika czynników epistemicznych (zmienia się dominująca formacja materialno-intelektualna).

ustrojowej w Polsce. Materiały 51. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego (Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 24 i n.

³ Michel Foucault, *Porządek dyskursu*, tłum. Michał Kozłowski, słowo/obraz terytoria, Gdańsk 2002, s. 7–8.

Teorematy nowoczesnego konstytucjonalizmu

Konstytucjonalizm nowoczesny, jak zauważa hiszpański teoretyk Manuel Atienza, wypracował swe praktyki dyskursywne wokół kilku podstawowych założeń:

1. Konstytucja jest obowiązującym prawem pozytywnym suwerennego państwa, apriorycznym względem aktów jej stosowania; treść konstytucji nie ma wartości czysto programowej, lecz wiąże władze publiczne.

2. Przestrzeganie konstytucji jest gwarantowane przez sądy mające kompetencję do anulowania praw i decyzji, które naruszają to, co wyznacza konstytucja. Kontrola konstytucyjna jest temu zadaniu podporządkowana, jej ewentualne inne funkcje są służebne wobec funkcji podstawowej.

3. Konstytucja jest nieelastyczna, jej zmiana może nastąpić w wyniku szczególnych procedur (zmiana sądowa jest na ogół traktowana jako patologia) i jest trudniejsza w porównaniu z nowelizacją innych ustaw.

4. Konstytucja służy jako podstawa do interpretowania w zgodzie z nią innych elementów systemu prawa.

5. Konstytucja jest stosowana bezpośrednio, tak jak ustawa, gdyż jest na ogół traktowana jako szczególna forma ustawy.

6. Konstytucja wywiera wpływ na politykę, przy czym, poza sytuacją formalnej zmiany, polityka nie powinna wpływać na konstytucję⁴.

Oczywiście, w praktyce dyskurs konstytucyjny koegzystował z różnymi systemami rządów i rozwiązaniami ustrojowymi, od postabsolutystycznych monarchii drugiej połowy XIX w., przez totalitarne reżimy wieku XX, po liberalną demokrację. Liberalna demokracja uzyskała hegemonię w drugiej połowie minionego stulecia, wywołując ekstatyczny zachwyt wielu teoretyków na czele z Francisem Fukuyamą, który uznał ją niemal za Hegłowski kres dziejów, tryumf ducha, od którego nic lepszego i mądrzejszego ludzkość już

⁴ Manuel Atienza, *Konstytucjonalizm, globalizacja i prawo*, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12421353110.pdf> [dostęp: 3.09.2017]. Poglądy teoretyczne przedstawione w niniejszym artykule oparte są na pracy: Josep Aguilo Regla, Manuel Atienza, Juan R. Manero, *Fragmentos para teoria de la Constitucion*, Iustel, Madrid 2007.

nie wymyśli⁵. Różne systemy, współistniejąc z praktykami dyskursywnymi konstytucjonalizmu, prowadziły do odmiennego rozłożenia akcentów w ramach podstawowych założeń. Co oczywiste, zachodnie systemy totalitarne w okresach największego nasilenia totalizmu na ogół nie wpisywały się w założenia nowoczesnego konstytucjonalizmu w ogóle, starając się ten dyskurs marginalizować bądź też instrumentalizować. Co ciekawe, teoretycy systemów totalitarnych na ogół tłumaczyli taki stan rzeczy warunkami ekscencji – wyjątkowością okoliczności i zagrożeń, w jakich znalazło się państwo, nie podważając sensowności wszystkich instytucji wypracowanych w ramach dyskursu konstytucyjnego. W tym kierunku zdawał się podążać zarówno Carl Schmitt, jak i Andriej Wyszyński. Ze względu na ramy kompozycyjne i limity objętości tekstu nie jestem w stanie szerzej rozwinąć tego wątku, rozważania historyczno-teoretyczne ograniczę więc do niezbędnego minimum.

Hegemonia demoliberalna a sędziokracja

Po II wojnie światowej hegemonia demokracji liberalnej na Zachodzie stawała się coraz bardziej wyraźna. Jest to wynikiem wielu czynników, wśród których należy wyróżnić przede wszystkim fakt gospodarczo-politycznego zwycięstwa Stanów Zjednoczonych w wojnie. Państwo to nie ucierpiało zasadniczo w wyniku zniszczeń wojennych, natomiast wzmocniło się gospodarczo, kładąc kres dominacji brytyjskiej czy, szerzej, europejskiej. Implementacja demoliberalnych rozwiązań na zachodzie Europy była częścią amerykańskiej strategii politycznej. Pokłosiem tej strategii jest też wzmocnienie procesów globalizacyjnych, ponadto w znacznej mierze integracja europejska, osłabienie instytucji państw narodowych i bezprecedensowy rozwój prawa międzynarodowego oraz ponadnarodowego, a także wzrost znaczenia wielkich korporacji i ich marsz ku emancypacji względem krajowych porządków prawnych (oczywiście, nie dotyczy to porządku prawnego amerykańskiego hegemonu). Podkreślić należy,

⁵ Francis Fukuyama, *Koniec historii*, tłum. Tomasz Bieroń, Marek Wichrowski, Znak, Kraków 2009, *passim*.

na co zwraca uwagę wielu badaczy, że w łonie samej praktyki demokracji liberalnej nastąpiło pewne istotne przesunięcie punktu ciężkości, które nie tylko wywołało poważne dysonanse między demoliberalną codziennością polityczną i założeniami konstytucjonalizmu nowoczesnego, ale również spowodowało poważny kryzys demoliberalizmu. Mowa tutaj o przesunięciu akcentów z komponentu demokratycznego (rządy większości, woluntaryzm prawodawczy organów przedstawicielskich) na komponent liberalny (prawa jednostki, autonomizacja systemów sądowych i eksperckich, „depolityzacja” rządzenia). Zmiany można, rzecz jasna, tłumaczyć ewidentną traumą Zachodu po faszyzmie i nazizmie, które to systemy polityczne i ustrojowe były kojarzone i wiązane genetycznie z ideą nieograniczonego demokratyzmu. Patrząc jednak na to z marksistowskiej perspektywy i traktując demokrację liberalną jako efekt działania procesów intelektualnych nadbudowanych nad kapitalistyczną formacją gospodarczą, można dojść do wniosku, że dążenie do prymatu komponentu liberalnego jest niejako wpisane w demoliberalną logikę. Koncepcje filozoficzne „ojców duchowych” demoliberalizmu, takich jak Emmanuel Joseph Sieyès, James Madison i Alexander Hamilton, zakładają konieczność poddawania „ludu i jego woli” kontroli rozumu, pojmowanego jako synonim racjonalności burżuazyjnej. Suwerenność należy bowiem do narodu, jako wspólnoty abstrakcyjnej, której „wola” jest nie tyle wola, co w zasadzie racją, ukonstytuowaną wokół dążeń swobodnego gospodarowania i koegzystencji obywateli równych pod względem formalnym, wyposażonych w prawa aprioryczne wobec władzy. Stąd kontrola konstytucyjności prawa stanowionego przez tradycyjną władzę jest ewidentnie wpisana w ten sposób myślenia, przy czym kontrola ta jest *de facto* weryfikacją racjonalności działań władzy. Ten wątek jest mocno obecny w pismach Sieyèsa⁶, ale pojawia się także w pracach napisanych przez *founding fathers* amerykańskiego konstytucjonalizmu⁷. Nawet liberalno-demokratyczna myśl w państwach niemieckich, rządzonych do końca I wojny światowej

⁶ Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris 1970, s. 585.

⁷ Steven D. Smith, *Constitution and the Pride of Reason*, Oxford University Press, New York 1998, s. 3–4.

przez tradycyjnych monarchów, konieczność kontroli racjonalności władzy stawia na pierwszym miejscu, choć ową racjonalność w większym stopniu niż mainstream francuski czy anglosaski wiąże z kwestią legalności⁸. Sędziokracja i rządy ekspertów są więc wpisane w koncepcje demoliberalne jako czynnik skazany na dominację nad czynnikiem demokratycznym. Badania genealogiczne nad sądownictwem konstytucyjnym ewidentnie wskazują, że koncepcje jego wprowadzenia miały źródło w liberalizmie politycznym i racjonalności burżuazyjnej⁹. Chodziło o ograniczenie „polityczności” decyzji władzy ustawodawczej i wykonawczej i wprowadzenie ich eksperckiej kontroli, których kryteria kształtował burżuazyjny rozum i kapitalizm mniej lub bardziej formalnie zjurydyzowany (przekuty w obowiązujące prawo) również na poziomie konstytucyjnym. Jako pewną ciekawostkę można tu przytoczyć mocno tendencyjny, ale w pewien sposób także proroczy pogląd tradycyjnego marksisty – zmarłego w 1997 r. filozofa Jarosława Ładosza, ucznia Adama Schaffa, który tak – krytycznie – uzasadniał „euforię” wokół wzmacniania polskiego Trybunału Konstytucyjnego: „Chodzi o powołanie do życia instytucji [...] ochrony sławetnej władzy klasy średniej [...] przed ewentualnym pojawieniem się w parlamencie większości, która reformę zastopuje lub będzie w stanie odwrócić jej kierunek. Chodzi o instytucję policji polityczno-prawnej stojącej na straży budowy kapitalizmu. [...] Iluzją jest jednak, że przetrwa on [TK] dziesięciolecie. [...] Władne, ponad parlamentem decydujące trybunały konstytucyjne w krajach budowy kapitalizmu znikną, gdy liczące się siły demokracji odnajdą drogę skutecznego okiełzania euforii tej budowy”¹⁰. Choć oczywiście wskazany pogląd jest znacznym uproszczeniem, to jednak nie sposób zaprzeczyć, że sądownictwo konstytucyjne

⁸ Andrzej Dziadzio, „Koncepcja państwa prawa w XIX w. – idea i rzeczywistość”, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2005, t. 57, z. 1, s. 182 i n.

⁹ Adam Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 130 i n.

¹⁰ Jarosław Ładosz, *Sąd kasujący ustawy i dyktujący parlamentowi ich wykładnię*, <http://www.nowakrytyka.pl/spip.php?article676> [dostęp: 3.09.2017].

w swojej działalności negatywnej, związanej z kwestionowaniem obowiązywania lub stosowalności (w zależności od modelu kontroli) wytworów legislatywy, jako kryteria oraz normatywne źródła argumentów najczęściej powoływało takie zjurydyzowane elementy mieszczańskiej racjonalności, jak ochrona własności prywatnej, swoboda obrotu gospodarczego, proporcjonalność ingerencji państwa w swobody ekonomiczne i polityczne czy formalna równość wobec prawa¹¹. Demokracja liberalna i wpisana w jej logikę postępująca jurystokratyzacja systemu władzy doprowadziły do pewnych dysonansów między założeniami konstytucjonalizmu nowoczesnego a praktyką. Aktywistyczne techniki orzecznicze sądów konstytucyjnych, polegające między innymi na „odkrywaniu” w konstytucjach norm w nich niewyrażonych w celu eliminacji z systemu prawnego tych wytworów legislatywy, które przez sędziów zostały ocenione jako nieracjonalne czy groźne dla ustroju, albo w celu legitymizacji tych przepisów, które na gruncie skonwencjonalizowanych reguł wykładni są ewidentnie niekonstytucyjne, prowadzą do pewnej dyskursywnej schizofrenii, w ramach której aktywizm jest zauważany na poziomie wielu prac przyczynkarskich i diagnostycznych, co jednak nie powoduje zmiany zasadniczych teorematów i koncepcji dominujących w głównonurtowych podręcznikach i monografiach¹². Niewątpliwie, osłabia to siłę legitymizacyjną dyskursu konstytucyjnego wobec demoliberalnego *status quo* w obliczu jego kryzysu.

Kryzys i reakcja populistyczna

Filozofujący politolodzy Chantal Mouffe i Ernesto Laclau już w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku przewidzieli nadejście kryzysu demokracji liberalnej i powrót populizmu oraz polityki emocjonalnej, argumentując, że sprzeczności

¹¹ Lawrence Sager, „The Domain of Constitutional Justice”, w: Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 235 i n.

¹² Pisałem o tym w wielu wcześniejszych pracach. Cf.: A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008, passim, oraz idem, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, passim.

między komponentem liberalnym a demokratycznym w dominującym paradygmacie rządzenia muszą do tego doprowadzić¹³. W opinii tej pary filozofów podstawowa sprzeczność demokracji liberalnej polega na tym, że element liberalny i demokratyczny mają zupełnie inną logikę, inne fundamenty intelektualne. Element liberalny nakazuje bowiem dążenie do budowy „prawa bez polityki”, prawa opartego na nieemocjonalnym, racjonalnym, a jednocześnie pragmatycznym podejściu, typowym dla racjonalności instrumentalnej (mocno przecież genetycznie sprzężonej z burżuazją i kapitalizmem), najlepiej reprezentowanym przez ekspertów, którzy, ważąc rację uczestników obrotu prawnego, proponowaliby rozwiązania w postaci kompromisu możliwego do przyjęcia dla wszystkich (prawniczy odpowiednik względnej równowagi rynkowej). Komponent liberalny uzyskał w ostatnich dziesięcioleciach przewagę nad komponentem demokratycznym. Sprzyjała temu rosnąca multicentryczność prawa – tradycyjne prawo tworzone przez parlament stało się tylko jednym ze składników porządku współtworzonego przez rozmaite ponadnarodowe i międzynarodowe organy decyzyjne o przeważnie eksperckim charakterze¹⁴. Swoistą reakcją na przewagę komponentu liberalnego jest populizm, oparty (w uproszczeniu) na emocjonalnym żądaniu demokratycznego podporządkowania sobie całości władzy nad prawem i narzuceniu „woli ucieleśnionej” w populistycznym przywództwie także burżuazyjnym regułom kapitalizmu. Populizm jest, zdaniem Mouffe, wentylem bezpieczeństwa demokracji, której liberalna hegemonia zagraża najbardziej. „Rzeczywistym zagrożeniem dla demokracji – pisze belgijska myślicielka – jest zaprzeczenie nieusuwalności antagonizmu i dążenie do uniwersalnego, racjonalnego konsensu, co istotnie prowadzić może do nierozpoznawanej przemocy skrytej za odwołaniami do «racjonalności» i co często się zdarza w przypadku myśli liberalnej, która nieuniknione granice i wykluczenia maskuje za pomocą pozorów neutralności”¹⁵.

¹³ Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Verso, London 1985, passim.

¹⁴ Ewa Łętowska, „Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje”, *Państwo i Prawo* 2005, z. 4, s. 3.

¹⁵ C. Mouffe, „Demokracja, władza i «to, co polityczne»”, tłum. A. Orzechowski, w: eadem, *Paradoks demokracji*, Wydawnictwo

Kryzys demokracji liberalnej był zatem wpisany w jej logikę. Katalizatorem zmian okazały się czynniki zewnętrzne – przemiany bazy ekonomicznej. Jak zauważa niemiecki socjolog Wolfgang Streeck, „zaraz po wojnie na Zachodzie zapanowało coś w rodzaju kompromisu. Takiego małżeństwa z rozsądku pomiędzy kapitalizmem i demokracją. Nie bez znaczenia było tragiczne doświadczenie wojny oraz realne zagrożenie radzieckie. W tym małżeństwie układ był jasny. Masy pracujące i reprezentujące je partie polityczne zgodziły się na kapitalizm. Praktycznym wyrazem tej zgody były na przykład gwarancje dla własności prywatnej, której nawet legalnie wybrany parlament bez odszkodowania zawiesić nie może. Lud oddał więc swoją «bombę atomową» i nie mógł jej już dużej używać do straszenia kapitału. Był jednak pewien warunek: wolny rynek miał zostać poddany daleko idącej kontroli politycznej. Polegało to głównie na nacjonalizacji wielu gałęzi przemysłu i dopuszczeniu pracowników do wpływania na losy przedsiębiorstw. Ten kompromis działał – co dość rzadkie – w bardzo podobnej formie w tak różnych od siebie kulturowo krajach, jak USA, Niemcy, Skandynawia czy Włochy”¹⁶. Zdaniem Streecka rozpad Związku Radzieckiego i kompromitacja „stosowanego marksizmu” doprowadziły do wzmocnienia presji kapitału na politykę i prawo. Doktryna *austerity* jest tego wyrazem. Wywołało to z kolei demokratyczny sprzeciw, który jednak w warunkach dominacji liberalno-eksperskiego kompleksu sędziowskiego uwypuklił sprzeczność w łonie demokracji liberalnej. Logika komponentu demokratycznego suponuje wszechmoc większościowych emocji, podczas gdy zinstytucjonalizowany i wsparty przez dotychczasowy dyskurs konstytucyjny komponent liberalny nakazuje okiełznanie tego żywiołu zgodnie z regułami burżuazyjnej racjonalności zakłętej w *acquis constitutionnel*. Profesjonalny kompleks polityczny dąży do wykorzystania i zagospodarowania emocji politycznych, formułując propozycje postliberalnych przekształceń państwa. Demokracja

Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej Edukacji TWP, Wrocław 2005, s. 42.

¹⁶ Rafał Woś, „Demokracja i kapitalizm biorą rozwód”, wywiad z Wolfgangiem Streeckiem, <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/785523,demokracja-i-kapitalizm-biora-rozwod.html> [dostęp: 3.09.2017].

postliberalna ma być oparta na wzroście realnego uczestnictwa obywateli w sprawowaniu władzy. Kapitalistyczne *rights* winny zostać poddane szerszej kontroli społecznej. Konieczne jest odczarowanie państwa i prawa – demistyfikacja mechanizmów dominacji i zastąpienie ich procedurami bardziej transparentnymi, a w konsekwencji ograniczenie roli establiśmentu. Ważne jest akcentowanie „wolności pozytywnych” kosztem „wolności negatywnych” oraz wzmocnienie mechanizmów solidarności i praw socjalnych¹⁷. Jak zauważa Philippe Schmitter, prawo w demokracji liberalnej było oparte na następującym zestawie cech: *constitutional, representative, individualistic, minoritarian, voluntaristic, privatistic, functionally limited*. Tendencja postliberalna ma polegać na akcentowaniu cech przeciwnych: na ograniczeniu roli szeroko pojętych reguł konstytucyjnych – reguł niezmiennalnych bądź trudnych do zmiany w procesie legislacyjnym; zamiast formalnej (pośredniej) reprezentacji prawo ma być bezpośrednim ucieleśnieniem interesów mas ludowych; prawo powinno akcentować solidarność i interesy grupowe zamiast nastawienia na ochronę interesów indywidualnych¹⁸. Populizm postliberalny, podobnie jak atakowana przezeń liberalna sędziokracja, nie jest kompatybilny z tradycyjnymi założeniami nowoczesnego konstytucjonalizmu. O ile jeszcze sędziowska hegemonia może funkcjonować w ramach pewnego kamuflażu (przedstawiać władcze działania kompleksu ekspercko-sędziowskiego jako akty jedynie stosowania prawa), o tyle reakcja populistyczna takim narzędziem nie bardzo może się posłużyć. Co więcej, populizm skutecznie ukazuje mechanizmy jurystokratyczne jako działania uwikłane ideologicznie i politycznie, ograniczając tym samym potencjalną efektywność kamuflażu i uwypuklając sprzeczność pomiędzy językowymi wytworami dyskursu konstytucyjnego

¹⁷ O postliberalnej demokracji w znaczeniu zbliżonym do aktualnie dominującego napisał jako pierwszy Crawford Brough Macpherson w artykule „Post-liberal-democracy?”, *New Left Review* 1965, vol. 1, no. 33.

¹⁸ Philippe Schmitter, „Parties are not what they once were”, w: Larry Diamond, Richard Gunther (eds), *Political Parties and Democracy*, JHU Press, Baltimore 2001, s. 67 i n.; idem, „Un posible esbozo de una democracia post-liberal”, w: Benjamin Arditi (ed.), *¿Democracia post-liberal? El espacio político de las asociaciones*, Rubi, Barcelona 2005, s. 249 i n.

a produktami dyskursów publicystycznych, medialnych czy ogólnopolitycznych, których społeczne oddziaływanie jest skuteczniejsze.

Przyszłości, oczywiście, przewidzieć nie sposób, ale wydaje się bardzo prawdopodobne, że konflikt między wskazywanymi wyżej zjawiskami i fundującymi je koncepcjami filozoficznymi oraz politycznymi wyznaczy centrum ponowoczesnej wersji konstytucjonalizmu. Wiele na to wskazuje. Jeżeli ten spór ma zdominować w najbliższych dziesięcioleciach przestrzeń walki politycznej, wymaga to daleko idących przemian dyskursu konstytucyjnego i zakwestionowania podstawowych nowoczesnych teorematów.

Bibliografia

- Aguilo Regla Josep, Atienza Manuel, Manero Juan R., *Fragmentos para teoria de la Constitucion*, Iustel, Madrid 2007.
- Atienza Manuel, *Konstytucjonalizm, globalizacja i prawo*, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12421353110.pdf> [dostęp: 3.09.2017].
- Bastid Paul, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris 1970.
- Dziadzio Andrzej, „Koncepcja państwa prawa w XIX w. – idea i rzeczywistość”, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2005, t. 57, z. 1, s. 177–201.
- Foucault Michel, *Porządek dyskursu*, tłum. Michał Kozłowski, słowo/obraz terytoria, Gdańsk 2002.
- Friedrich Carl J., „Konstytucje i konstytucjonalizm”, w: Paweł Śpiewak (red.), *Konstytucjonalizm, demokracja, wolność. Wybór tekstów*, Centrum Edukacji Obywatelskiej, Warszawa 1996, www.h-net.org/~eopolska/Strone/Scenariusze/Friedrich.html [dostęp: 3.09.2017].
- Fukuyama Francis, *Koniec historii*, tłum. Tomasz Bieroń, Marek Wichrowski, Znak, Kraków 2009.
- Laclau Ernesto, Mouffe Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Verso, London 1985.
- Ładosz Jarosław, *Sąd kasujący ustawy i dyktujący parlamentowi ich wykładnię*, <http://www.nowakrytyka.pl/spip.php?article676> [dostęp: 3.09.2017].
- Łętowska Ewa, „Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje”, *Państwo i Prawo* 2005, z. 4, s. 3–10.
- Macpherson Crawford Brough, „Post-liberal-democracy?”, *New Left Review* 1965, vol. 1, no. 33, s. 3–16.
- Mouffe Chantal, „Demokracja, władza i «to, co polityczne»”, tłum. Andrzej Orzechowski, w: eadem, *Paradoks demokracji*,

- Wydawnictwo Naukowe Dolnośląskiej Szkoły Wyższej Edukacji TWP, Wrocław 2005, s. 37–54.
- Sager Lawrence, „The Domain of Constitutional Justice”, w: Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 235–249.
- Schmitter Philippe, „Parties are not what they once were”, w: Larry Diamond, Richard Gunther (eds), *Political Parties and Democracy*, JHU Press, Baltimore 2001, s. 67–89.
- Schmitter Philippe, „Un posible esbozo de una democracia post-liberal”, w: Benjamin Ardit (ed.) *¿Democracia post-liberal? El espacio político de las asociaciones*, Rubi, Barcelona 2005, s. 249–263.
- Smith Steven D., *Constitution and the Pride of Reason*, Oxford University Press, New York 1998.
- Sulikowski Adam, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012.
- Sulikowski Adam, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008.
- Wojtyczek Krzysztof, „Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków”, w: Marek Zubik (red.), *20 lat transformacji ustrojowej w Polsce. Materiały 51. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego (Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r.)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 35–50.
- Woś Rafał, „Demokracja i kapitalizm biorą rozwód”, wywiad z Wolfgangiem Streeckiem, <http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/785523,demokracja-i-kapitalizm-biora-rozwod.html> [dostęp: 3.09.2017].